

IMPUGNAÇÃO DO DESPACHO LIMINAR DA EXECUÇÃO: AGRAVO, EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU EMBARGOS?

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá em Campos dos Goytacazes.

1. INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Especial nº 172093/DF¹, o Ministro Waldemar Zveiter afirmou que, contra o despacho que determina a citação do devedor, cabe exceção de pré-executividade ou embargos à execução – este último no momento próprio –, e não agravo de instrumento. Em seu voto explicou que a interposição do agravo implica supressão do primeiro grau de jurisdição, porque o conhecimento da matéria alegada pelo agravante é levado diretamente ao Tribunal, sem a prévia manifestação do juízo de primeiro grau.

Por outro lado, quando Alcides Mendonça de Lima², a pedido da Coopersucar, elaborou parecer contrário à defesa intra-execução (exceção de pré-executividade)³, o fez enfocando um processo em que o despacho liminar da execução foi positivo e o executado agravou, objetivando o trancamento da ação executiva, **sendo certo que o recurso de agravo foi conhecido**.

Postas estas questões, fica evidente que a forma de impugnação do despacho liminar positivo da execução demanda reflexão. Afinal, de que meios dispõe o executado para impugná-lo?

¹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [24/09/2000].

² LIMA, Alcides Mendonça de. **Processo de conhecimento e processo de execução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 275-290.

³ Neste parecer o jurista se opõe ao posicionamento de Pontes de Miranda, que, num caso envolvendo a Companhia Siderúrgica Manesmann, manifestou-se favoravelmente à defesa intra-execução, hoje conhecida como exceção de pré-executividade. Ver MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Parecer nº 95. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. P. 125-139.

2. AS MODALIDADES DE DESPACHO LIMINAR

Quando ocorre o indeferimento da inicial executiva não existem maiores dificuldades, porque o juiz põe termo ao processo, fazendo isto por intermédio de sentença, conforme o art. 162, § 1º, do CPC, atacável por apelação. Também não haverá dificuldade quando houver determinação de emenda, porque esta se dá por decisão interlocutória, uma vez que o processo não é extinto, podendo o exequente acatá-la – e fazer a emenda – ou impugná-la por agravo.

Relevante para o nosso estudo é o “despacho liminar” positivo da execução. Ele deve ser impugnado por agravo, por exceção de pré-executividade ou, a critério do interessado, por qualquer um dos dois? A opção pelo agravo implica ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição?

Pensamos que o caminho para se chegar às respostas destas indagações passa, necessariamente, pelo exame da natureza do despacho liminar positivo. Entretanto, a doutrina diverge quanto a ela.

3. CONSIDERANDO A NATUREZA DO DESPACHO LIMINAR POSITIVO

Autores como Barbosa Moreira⁴ afirmam que este “despacho” tem natureza jurídica de decisão. Parece-nos que Lopes da Costa⁵ também admitiu seu conteúdo decisório, quando ensinou que o juiz, ao despachar a inicial, deve fiscalizar se ela preenche as formalidades legais. Em apertada síntese poderíamos dizer que somente a constatação da presença de todos os requisitos legais da inicial permite o despacho liminar positivo.

Em outra direção, Humberto Theodoro Júnior⁶ manifesta-se pela ausência de conteúdo decisório nos despachos liminares positivos de um modo geral.

Não faremos a análise desta controvérsia, porque fugiríamos do propósito deste trabalho, mas é importante o registro de sua existência.

⁴ In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 23, o autor demonstra a natureza de “decisão” do impropriamente chamado “despacho liminar”. Na página 194, explica que, ao examinar a petição inicial da execução, o juiz exerce atividade análoga à exercida no processo de conhecimento.

⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. P. 135.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil brasileiro**. 25. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 228.

4. OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Se admitirmos que o despacho liminar positivo é apenas ordinatório, fica evidente o não-cabimento do agravo de instrumento para fins de sua impugnação. Qualquer provocação para que o Poder Judiciário se manifeste sobre a regularidade da demanda executiva deve ser feita no primeiro grau de jurisdição, através da exceção de pré-executividade ou dos embargos. Entretanto, se ele for visto como decisão interlocutória é forçoso admitir o recurso.

Em Portugal, a questão foi discutida e o Direito daquele País⁷ fez opção pela irrecurribilidade do despacho liminar positivo da execução. A atual redação do art. 812º do Código de Processo Civil Português é a seguinte:

“O executado pode opor-se à execução por embargos, deduzidos nos termos dos artigos subsequentes.”

O texto anterior tinha um conteúdo diferente, conforme podemos verificar a seguir. *In verbis*:

“O executado pode opor-se à execução por embargos e pode agravar do despacho que ordene a citação, contanto que não reproduza num dos meios os fundamentos que invoque no outro.”

No relatório que acompanhou o projeto de alteração legal – que corresponde à nossa exposição de motivos – foi apontada, expressamente, a necessidade da eliminação do recurso.

No Brasil, a questão ainda é objeto de dúvidas.

A tese de que o “despacho liminar” é uma decisão parte do princípio de que ele significa deliberação judicial positiva (mesmo que implícita) acerca da presença dos requisitos da petição inicial ajuizada. Deste modo, a determinação de citação do executado significa manifestação do julgador de primeiro grau sobre a regularidade da inicial. Nesta esteira de pensamento, a interposição do agravo contra esta manifestação, ao contrário do que afirmou a decisão do STJ a que nos referimos no início, não maltrata o princípio do duplo grau de jurisdição.

⁷ NETO, Abílio. **Código de processo civil anotado**. 14. ed. Lisboa: EDIFORUM Edições Jurídicas Lda., 1997. P. 32 e 916.

Como consequência deste raciocínio, surgem outras indagações: Se foi interposto o agravo, pode a parte opor também a exceção de pré-executividade? Se restar precluso o direito de agravar, pode o executado opor a exceção de pré-executividade?

A resposta da primeira indagação é negativa. Se o executado ajuizou o agravo e levou o conhecimento de uma matéria ao Tribunal, não pode alegá-la novamente, perante o juiz de primeiro grau.

É verdade que doutrina e jurisprudência já demonstraram que não ocorre preclusão em relação às matérias previstas no art. 267, § 3º, do CPC. Inclusive a conclusão nº 9, do VI ENTA, estabelece que “*Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito (CPC, art. 267, §3º)*”. Ocorre que a interpretação deste enunciado, que representa o pensamento predominante, deve ser cuidadosa, porque pode levar ao entendimento de que, mesmo tendo havido deliberação do Tribunal sobre questão relacionada às condições da ação, pode o juiz de primeiro grau voltar a apreciá-la.

Pensamos que este entendimento não é o mais correto. Embora não tenha havido preclusão, um juízo hierarquicamente inferior não pode voltar a deliberar sobre questão decidida na instância superior. A não ocorrência de preclusão possibilita que o mesmo órgão – ou outro superior – volte a apreciar a matéria, e não que isto seja possível aos hierarquicamente inferiores. Esta é a razão pela qual afirmamos que, se houver interposição de agravo contra o despacho liminar positivo da execução e o Tribunal conhecer da matéria alegada, não pode o juiz de primeiro grau voltar a apreciá-la através de exceção de pré-executividade ou embargos. É um problema de hierarquia.

Este é o ensinamento esposado por Celso Agrícola Barbi⁸, em seu artigo “Da preclusão no processo civil”, quando afirma que a vinculação do juiz inferior às decisões da instância superior se impõe em virtude da própria hierarquia judiciária. Humberto Theodoro Júnior⁹, embora se fundamente na tese de que o recurso transfere ao Tribunal superior a competência para o exame da matéria, segue a mesma linha de raciocínio. É válida a transcrição de suas palavras, em virtude da clareza do ensinamento. Vejamos:

⁸ BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. **Revista Forense**. Volume 158. Rio de Janeiro: Forense, 1955. P. 59-66.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. **Revista Jurídica**. Volume 273. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., 2000. P. 5-23.

“Suscitado o reexame da decisão interlocutória por Tribunal superior, sua decisão vinculará o juiz de 1º grau. Mesmo que se trate daquelas questões que ordinariamente não precluem, como as condições da ação, não mais será lícito ao magistrado de origem rever o que afinal assentou o Tribunal.”

Parece-nos que é também este o pensamento de Nelson Nery Júnior¹⁰ quando afirma que, no caso de não haver preclusão, por ser a matéria decidida de ordem pública ou relativa a direito indisponível, *“a decisão poderá ser revista pelo mesmo juiz ou tribunal superior”*. Também Liebman¹¹, em nota a Chiovenda, parece trilhar o mesmo caminho, quando observa que *“Quando um processo volve às instâncias inferiores após decisão do Supremo Tribunal Federal, esta produz preclusão sobre o ponto decidido”*.

A segunda indagação¹² tem resposta positiva apenas em se tratando de matérias que podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque em relação a elas não ocorre preclusão. Assim, mesmo não tendo impugnado o despacho liminar positivo por agravo, pode o executado, mais tarde, atacá-lo por exceção de pré-executividade, desde que se fundamente em matéria sobre a qual não ocorre preclusão. Em caso de opção pelo não ajuizamento desta modalidade de defesa¹³, a parte interessada ainda poderá valer-se dos embargos, nos casos permitidos em lei.

Quando o executado pretender se defender alegando matéria que depende de sua iniciativa, não há de se falar em agravo. Ora, se a matéria não podia ser conhecida de ofício, independentemente de ter o “despacho liminar” natureza de mero despacho ou de decisão, fica evidente o fato de que, por ocasião de sua prolação, o juiz não exerceu atividade cognitiva

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. “Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos”. 1 – Recursos no Processo Civil. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997. P. 71.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. Volume III. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia., 1945. P. 225.

¹² Se restar precluso o direito de agravar, pode o executado opor a exceção de pré-executividade?

¹³ A idéia de que a exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de defesa é compatível com o pensamento de vários autores. A título de exemplo citamos Alberto Camiña Moreira, Haroldo Pabst e Pontes de Miranda. Ver MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 36; PABST, Haroldo. **Natureza jurídica dos embargos do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 164; MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Parecer nº 95. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. P. 134.

sobre ela, não sendo lícito, então, inferir da determinação de citação, que a questão foi decidida.

A nosso ver, nestes casos, o ajuizamento do agravo não deve ser admitido, porque implica a supressão de um grau de jurisdição. Se a matéria depende de alegação do executado, esta deve ser feita primeiramente em face do juiz de primeiro grau. Somente após a deliberação deste é que fica viabilizado o seu conhecimento pelo Tribunal, através do recurso competente. Nestes casos, a jurisdição de primeiro grau poderá ser provocada por exceção de pré-executividade¹⁴ ou, se a parte optar pelo não ajuizamento desta, pelos embargos.

5. CONCLUSÕES

De uma forma bastante sintética, podemos extrair deste trabalho as seguintes conclusões:

1 - O cabimento ou não do agravo contra o “despacho liminar” positivo da execução depende da natureza jurídica que se atribua a este ato judicial: mero despacho ou decisão interlocutória.

2 - Se o “despacho liminar” positivo for visto como decisão, a interposição de agravo contra ele não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição.

3 - Se o executado ajuizar agravo contra o despacho liminar e o Tribunal apreciar a questão objeto do recurso, a mesma matéria não poderá ser alegada novamente, perante o juiz de primeiro grau, mesmo quando se tratar daquelas conhecíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4 - Admitindo-se que o “despacho liminar positivo” é decisão, mesmo que o executado não o tenha impugnado por agravo, poderá fazê-lo mais tarde, através da exceção de pré-executividade, contanto que se fundamente em matéria sobre a qual não ocorre preclusão. Em caso de opção pelo não ajuizamento desta modalidade de defesa, a parte interessada ainda poderá valer-se dos embargos, nos casos permitidos em lei.

5 - Se o executado pretender atacar o despacho liminar positivo com alegação que depende de sua iniciativa, deverá fazê-lo perante o juízo de primeiro grau, em exceção de pré-executividade ou em embargos, sob pena de, optando pelo agravo, ofender o princípio do duplo grau de jurisdição. ♦

¹⁴ Predomina o entendimento de que em sede de exceção de pré-executividade só é possível a alegação de matéria conhecível de ofício. Entretanto, há autores que a admitem também em hipóteses que dependem de iniciativa da parte.